

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA- FACER
CURSO DE DIREITO

MOZAIR ALVARENGA DOS REIS

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA- GO

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA- FACER
CURSO DE DIREITO



MOZAIR ALVARENGA DOS REIS

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Trabalho apresentado a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER como requisito avaliativo para a obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito, sob a orientação do Professor Sebastião Ferreira do Nascimento.

30468
Saari

Tombo n°	13877
Classif.:	
Ex.:	02
Origem:	d
Data:	09/02/09

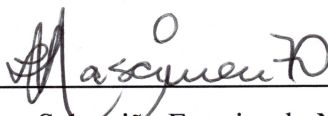
MOZAIR ALVARENGA DOS REIS

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

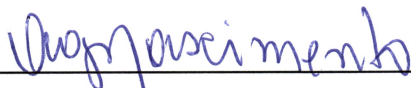
RESULTADO: _____

Orientador (a) _____



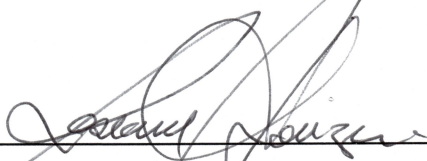
Sebastião Ferreira do Nascimento
Especialista em Direito Penal

2º Examinador _____



Alenir das Graças Nascimento
Doutora em Economia Social e Cooperativismo

3º Examinador _____



Roseane Cavalcante de Souza
Mestre em Direito Agrário

Rubiataba, 15 de dezembro. de 2008.

DEDICATÓRIA

*A minha mamãe, que é a razão de minha vida
se não fosse ela, eu não teria chegado até
aqui.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por estar sempre presente em minha vida. A minha família que sempre me apoiou nesta jornada difícil e especialmente a minha mãe.

RESUMO: A pena é a sanção imposta pelo estado, cuja finalidade é a retribuição ao delito e a pretensão a novos crimes, e suas espécies são três: redução, detenção e prisão simples. O objetivo da pena, fundamentalmente é reeducar a pessoa humana que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é indicada para essa recuperação, dando ao preso perspectiva e esperança. Não há possibilidade de progressão no caso dos crimes hediondos, tráfico, ilícito de entorpecentes e terrorismo, as penas mais graves devem ser cumpridas em primeiro lugar, há também critérios para a regressão ao regime mais rigoroso. As espécies dos regimes da pena, nas penas privativas de liberdade não o regime fechado, o semi-aberto e o aberto, onde também menciona o regime disciplinar diferenciado e também menciona o trabalho do preso, a detração, a prevenção especial nas penas privativas de liberdade, a crise a insustentabilidade e o meio de punição pelo cometimento do fato delituoso.

Palavras- chave: redução, progressão, insustentabilidade.

ABSTRACT: The penalty is the sanction imposed by the state, whose finiteness is the repayment to the offense and the pretension, the new crimes, and its species are three: reduction, simple detention and arrest. The purpose of the offense basically is to re-educate the human person being who, sooner or later, will come back to the social conviviality, in way that the progression is indicated for this recovery, giving to the perspective prisoner and hope. It does not have possibility of progression in the case of the hideous crimes, traffic, illicit of narcotics and terrorism, the penalties most serious must be fulfilled in first place, also have criteria for the regression to the regimen most rigorous. The species of regimes of the penalty, in the privative penalties of freedom not it closed regimen, half-open and the opened one, where also it mentions the regimen to discipline differentiated and also it mentions the work of the prisoner, the detraction, the special prevention in the privative penalties of freedom, the crisis and the unsustainably way of punishing for the commission of the criminal suit.

Words key: reduction, progression, unsustainable.

LISTA DE ABREVIATURAS/SIGLAS

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

RDD: Regime de disciplina diferenciado

LEP: Lei de execução Penal

CTC: Comissão Técnica de classificação

STF: Supremo Tribunal federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONCEITO DE PENA.....	12
1.1 Espécies de penas privativas de liberdade	12
1.2 Regime progressivo de cumprimento da pena	14
1.3 Cumprimento das penas mais graves em primeiro lugar.....	20
1.4 Progressão nos crimes hediondos e no delito de tortura	20
1.5 Critérios para a regressão ao regime mais rigoroso.....	21
1.6 Imprescindibilidade do Regime Fechado	22
1.7 Utilização do Art. 59 do Código Penal para fixação do regime de cumprimento de pena.....	22
1.8 Exigência da reparação do dano ou devolução do produto do ilícito para a progressão de regime.....	23
2 AS ESPÉCIES DOS REGIMES DA PENA.....	26
2.1 Regime fechado.....	26
2.2 Aplicação do regime fechado à pena de detenção.....	27
2.3 Pena fixada no mínimo e regime prisional mais severo.....	28
2.4 Local de cumprimento da pena no regime fechado.....	29
2.5 Regime disciplinar diferenciado.....	29
2.6 Trabalho externo do condenado.....	31
2.7 Regime semi-aberto.....	31
2.8 Saídas temporárias e trabalho externo.....	32
2.9 Regime aberto.....	32
2.9.1 Hipóteses de regressão do aberto a regime mais rigoroso.....	33
2.10 Direitos do preso.....	34
2.10.1 Direito à visita íntima	34
2.10.2 Direito de cumprir a pena no local do seu domicílio.....	34
2.10.3 Disposição constitucional de proteção ao preso.....	34
2.10.4 Direito do preso à execução provisória da pena.....	35
2.11 Trabalho do preso.....	37
2.11.1 Distinção entre trabalho forçado e trabalho obrigatório.....	37

2.11.2	Trabalho e remição do preso.....	37
2.11.3	Perda dos dias remetidos e falta grave.....	38
2.11.4	Inexistência de oportunidade de trabalho e preso provisório	39
2.11.5	Remição pelo estudo.....	39
2.11.6	Superveniência da doença mental	40
2.12	Detração	41
2.12.1	Computo da prisão provisória na medida de segurança.....	41
2.12.2	Ligação entre prisão provisória e a pena concreta para aplicar a detração.....	42
2.12.3	Detração e pena de multa.....	42
2.12.4	Detração e determinação do regime inicial da pena.....	43
2.12.5	Detração e suspensão condicional da pena.....	43
3	PREVENÇÃO ESPECIAL DA PENA	44
3.1	Finalidade da pena para a doutrina contemporânea	47
3.2	A crise da pena privativa de liberdade.....	50
3.3	Aplicação de medida sócia- educativa ou penas privativas de liberdade para adolescentes infratores.....	53
4	A INSUSTENTABILIDADE DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	55
4.1	A pena privativa de liberdade como principal meio de punição pelo consentimento do fato delituoso.....	59
	CONCLUSÃO.....	64
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico visa esclarecer a aplicação das penas privativas de liberdade, seus efeitos para com o apenado, bem como sua repercussão na sociedade. Por mais que se pretenda que a pena privativa de liberdade deva preparar o sujeito para a vida livre, o certo é que propicia a formação de uma sociedade antinatural, na qual o sujeito carece das motivações da sociedade livre, adquirindo características rudes e primitivas, que costumam persistir após a recuperação da liberdade e que, ao entrar em conflito com a sociedade livre, tem a oportunidade de manifestar-se.

Dentre os objetivos o geral visa: identificar os benefícios que privativas de liberdade traz para a sociedade. E dentre os objetivos específicos visa: identificar as vantagens e desvantagens do sistema penitenciário, verificar se as penitenciárias estão preparadas para receber os presos, verificar as mudanças ocorridas no sistema prisional e por fim apontar alguma sugestão para a ressocialização do apenado.

Os principais autores utilizados na presente pesquisa foram: Guilherme de Souza Nucci, Miguel Reale Junior, Bitencourt, Zaffaroni, Pierangeli, Carvalho Filho dentre outros.

O presente trabalho aborda as espécies de penas privativas de liberdade, o regime progressivo de cumprimento da pena, cumprimento das penas mais graves em primeiro lugar, progressão nos crimes hediondos e no delito de tortura e critérios para a regressão ao regime mais rigoroso. Veremos também a imprescindibilidade do regime fechado, utilização do art. 59 do Código Penal para fixação do regime de cumprimento de pena, e por último nesse capítulo aborda sobre a exigência da reparação do dano ou devolução do produto ilícito para a progressão de regime.

Discorrerá também das espécies dos regimes da pena, da aplicação do regime fechado, da pena de detenção, fixado o regime mínimo e o prisional mais severo; o local de cumprimento da pena no regime fechado, do regime disciplinar diferenciado, trabalho externo do condenado, saídas temporárias e trabalho externo; hipóteses de regressão do regime aberto

ao mais rigoroso; direitos dos presos; trabalhos dos presos; superveniência de doença mental e da detração.

Prosseguindo ira tratar da prevenção especial da pena, da crise da pena privativa de liberdade e da aplicação de medida sócio-educativa ou penas privativas de liberdade para adolescentes infratores.

E por fim trata da insustentabilidade das penas privativas de liberdade, como principal meio de punição pelo cometimento do fato delituoso.

Os estudos foram feitos através de pesquisas bibliográficas e sites relacionados ao tema e também pesquisas, utilizando códigos; sendo assim o método utilizado foi o dedutivo, e a importância da pesquisa foi descobrir respostas para problemas mediante a aplicação das penas privativas de liberdade, observando se estas são aplicadas de forma adequada para que o apenado depois de cumpri-la volte a sociedade reabilitado.

A prestação de serviços à comunidade, foi o maior exemplo de evolução do direito penal moderno, porque, ao mesmo tempo pune a transgressão praticada. Valoriza o condenado dando-lhe a oportunidade de, por meio de trabalho, demonstrar suas aptidões profissionais e artísticas, as quais serão certamente aproveitadas após o cumprimento da sanção, retirando da renda do crime, o infrator, levando-o ao exercício consciente da cidadania.

Por fim pode-se dizer que as penas privativas de liberdade, devem ter como essência, a reforma e a readaptação social dos condenados, não podendo desconsiderar os efeitos que a pena traz para os mesmos.

1 CONCEITO DE PENA

Para se fazer uma abordagem sobre as penas privativas liberdade é necessário primeiramente entender o que é uma pena, sendo assim pena é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção á novos crimes.

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e re-socialização. Merece destaque, também, o disposto art. 5º, 6º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *in verbis*: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial, a reforma e readaptação social dos condenados”. Impossível então, desconsiderar o tríplice aspecto da sanção penal.

1.1 Espécies de penas privativas de liberdade

Existem três espécies de penas privativas: de redução, detenção e prisão simples que, na realidade, poderiam ser unificadas sob a denominação da pena de prisão. A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas o regime semi-aberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos.

Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco, *in verbis*:

- a) A reclusão é cumprida inicialmente nos regimes: fechado, semi-aberto e aberto; detenção somente pode ter início no regime semi-aberto ou aberto. (art. 33, caput, CP) A reclusão pode acarretar, como efeito da condenação, a incapacidade para exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filhos, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c); A reclusão é propícia à internação, nos casos de medida de segurança; a detenção

permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); b) A reclusão é cumprida em primeiro lugar (art. 69, CP); e) A reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminado, o legislador sinaliza à sociedade, sobre a gravidade do delito.

Há ainda, algumas diferenças refletidas no processo penal, tais como a proibição de fiança dos delitos apenados com reclusão, cuja pena mínima cominada for superior a dois anos (art. 323, Código Processo Penal), que acaba gerando outros efeitos, como o caso da intimação da sentença de província, que deve ser pessoalmente feita ao réu, quando se tratar de delitos contra a vida, apenados com reclusão (art. 414, CPP).

Em verdade, como já mencionamos, preconiza-se a extinção dessa diferença, o que é bastante razoável, tendo em vista que as diferenças supra-apontadas são mínimas e, na prática, quase sempre irrelevante. Mesmo no cenário do processo penal, outros critérios podem ser adotados para a concessão de fiança ou mesmo para as formas de se proceder à intimação da sentença, dispensando-se a diferença entre reclusão e detenção. Nesse prisma, encontra-se a lição de Costa Júnior.

Inexistindo entre reclusão e detenção qualquer diferença ontológica, mesmo porque a lei não ofereceu nenhum critério diferenciado, parece não restar outra solução ao intérprete, que assentar na insuficiência do critério quantitativo, as bases da diversificação. (comentários ao Código Penal, p. 146).

Na realidade, na ótica do legislador de 1940, foram criadas duas penas privativas de liberdade:

Para crimes mais graves, a reclusão, de no máximo 30 anos, sujeitava o condenado ao isolamento diurno por até três meses e, depois, trabalho em comum dentro da penitenciária ou fora dela, em obras públicas. A detenção de no máximo três anos, foi concebida para crime de menor impacto: os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo. A ordem de separação não foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre

reclusão e detenção desapareceram com o tempo, permanecendo válidas apenas de caráter processual. (CARVALHO FILHO. 2002, p. 43).

1.2 Regime Progressivo de cumprimento da Pena

A individualização executória da pena é consequência natural da adoção do princípio constitucional, de individualização da pena. Esta se faz, como já mencionada em três etapas: a individualização legislativa (fixação do mínimo e do máximo para a pena em abstrato no momento da criação da norma penal), a individualização judicial (momento de concretização da sanção penal na sentença) e a individualização executória (fase de aplicação efetiva da pena em estágios). Por isso, a progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e re-socialização do sentenciado, é decorrência natural da individualização executória.

Nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas, que vedam à progressão - § 1º - A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º - Idêntico procedimento será adotado, na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

Significa que, a cada um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para regime mais brando (do fechado para o semi-aberto, por exemplo), caso demonstre merecer o benefício.

O mérito do condenado é um juízo de valor, incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si

mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. O mérito não deve, jamais, ser avaliado segundo o crime praticado e o montante da pena aplicada, pois não é essa a finalidade da disposição legal. Por seu crime, o sentenciado já foi sancionado e cumpre pena, não podendo carregar, durante toda a execução, o estigma de ter cometido grave infração penal.

O objetivo fundamental da pena é reeducar a pessoa humana que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é indicada para essa recuperação, dando ao preso perspectiva e esperança. Deve o merecimento ser apurado, no caso concreto, contando, em alguns casos, com a avaliação da Comissão Técnica de Classificação (composta pelo diretor do presídio, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social), conhecedora do processo de individualização da execução penal (arts. 5º e 9º LEP).

Após o advento da lei 10.792/2003, em vigor desde o dia 2 de dezembro de 2003, houve alterações substanciais à Lei de Execução Penal (lei 7.210/84). O objetivo principal da reforma foi o aprimoramento da legislação, para o combate ao crime organizado e a atuação de grupos e quadrilhas, dentro dos presídios. Houve a criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que será objeto de análise posteriormente, bem como, se buscou diminuir a atuação da Comissão Técnica de Classificação, no cenário da progressão de regime.

Antes da lei 10.792/2003, essa comissão obrigatoriamente participativa do processo de individualização da execução, opinando nos pedidos de progressão do regime fechado para o semi-aberto e deste, para o aberto. Cabia a ela, inclusive, propor as progressões e regressões de regime, bem como as conversões. Destarte, dispunha o art. 112, parágrafo único, *in verbis* (hoje substituídos pelos § 1º e 2º), cuidando da progressão de regime: “A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.

A nova redação estipula que, a decisão de progressão será motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa (§1º), com igual procedimento para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas (§2º).

O art. 6º da Lei de Execução Penal, com novo texto, indica que, *in verbis*: “a mencionada Comissão Técnica de Classificação, deve elaborar o programa individualizador, da pena privativa de liberdade, adequada ao condenado ou preso provisório, não mais mencionado, que deverá propor a progressão ou regressão.” Aliás, a redação atual do art. 112, caput, passa a prever a transferência, em forma progressiva, para regime menos rigoroso (fechado para o semi-aberto e deste, para o aberto) que será determinada pelo juiz, quando o preso atingir um sexto da sua pena no regime anterior e tiver bom comportamento carcerário. Tudo comprovado pelo diretor do estabelecimento e sendo respeitadas as normas que vedam a progressão. Esta parte final, foi uma cautela do legislador, para evitar qualquer interpretação tendente a acreditar, que foi revogada a parte da Lei dos Crimes hediondos, o que impede a progressão, afinal, poder-se-ia falar, em nova lei penal benéfica, passível de afastar a aplicação de anterior disposição, prejudicial ao condenado.

Nota-se, que a preocupação do legislador, em eliminar a obrigatoriedade de participação da Comissão Técnica de Classificação, no processo de avaliação da possibilidade de progressão de regime. Igualmente no tocante ao livramento condicional, indulto a comutação - poderia merecer elogio, num primeiro momento, desde que se entendesse como medida desburocratizante. Assim, em lugar de, em todo e qualquer caso, deve o magistrado submeter um pedido de progressão de regime á avaliação prévia da Comissão Técnica de Classificação, que, na realidade, não foi extinta pela nova lei. A partir de agora, dentro do constitucional processo de individualização da pena, somente em situações necessárias, para a formação da convicção do julgador, poderá ser determinada a colheita de elementos junto à Comissão ou mesmo à Direção do Presídio. Outra não pode ser a interpretação a ser dada, uma vez que seria fazer letra morta, da riqueza proporcionada pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, consagrador do princípio constitucional da individualização da pena - e lei ordinária não poderia fazê-lo.

É sabido que a individualização tem três etapas, como referido linhas acima: individualização legislativa, individualização judiciária e individualização executória. A primeira concernente ao Congresso Nacional; no momento de elaborar o tipo penal incriminada, deve concretizar uma faixa de pena, na qual irá trabalhar o juiz; (Ex.: para o crime de homicídio simples, elegeu-se a pena de reclusão, de seis a vinte anos). A segunda, relativa à aplicação da pena na sentença condenatória, é atinente ao magistrado, respeitado o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal. A terceira, destinada à execução penal,

faz com que a pena amolde-se, ao longo do seu cumprimento, às necessidades de re-socialização do preso, conforme o seu merecimento.

Frise-se, pois, que tal processo, constitucionalmente idealizado, não foi alterado. O código Penal, não modificado, continua a mencionar, no art. 33, § 2º, que, *in verbis*: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado...”.

Ora como o juiz apura o mérito?

De variadas maneiras, por certo, e uma delas era o parecer obrigatório, da Comissão Técnica de Classificação. Eliminada essa obrigatoriedade, incluindo-se em seu lugar a indispensabilidade de atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, passa-se a exigir do juiz da execução penal, maior liberalidade em relação ao preso comum, isto é, no tocante àquele que não cometeu crime violento (violência física e moral) contra a pessoa, de particular gravidade. Um outro de furtos, por exemplo, pode progredir do regime fechado para o semi-aberto, bastando o atestado de boa conduta, se não houver outros dados negativos a seu respeito. Entretanto, o condenado por vários assaltos, em outro exemplo, ainda que tenha bom comportamento, pode despertar no magistrado, a necessidade de realização do exame criminológico ou mesmo de ouvir a Comissão Técnica de Classificação para autorizar a progressão.

Observa-se que o art. 8º da Lei de Execução Penal não foi alterado e preceitua que, *in verbis*:

O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido á exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários á uma adequada classificação e com vistas á individualização da execução.

Ora, ainda que se diga, que esse exame será realizado no início do cumprimento da pena, destina-se ele a garantir a correta individualização executória da pena, não se podendo concluir que esta foi e está sendo satisfatória, mormente considerando-se que diretores de

presídio não possuem conhecimento técnico especializado para a visualização global do comportamento do condenado, se não for elaborado outro exame criminológico para fornecer um padrão de confronto ao juiz. A doutrina, há muito tempo, vem sustentando que a pena-padrão, o regime-padrão e o cumprimento-padrão, são desatinos implementados, ora pelo legislador ora pelo magistrado, motivo pelo qual não é o momento de se cercear a atividade individualizadora do juiz, mas, ao contrário, de privilegiá-lo.

Se a obrigatoriedade de obtenção, do parecer da Comissão Técnica de Classificação foi eliminada, podemos reputar a tendência, de evitar justamente a padronização, isto é, afastar a realização de laudos e pareceres idênticos para casos similares, por excesso de serviço e falta de pessoal. Agora, reservando-se o trabalho de comissão e de outros profissionais do presídio (como o psiquiatra) para casos graves, pode-se melhor tecer pareceres, para enaltecer o merecimento do preso, individualizando a execução da pena. Sem dúvida, que se podem voltar os olhos para a supressão, na parte final do art. 12, caput, da expressão, *in verbis*: “É seu mérito indicar a progressão” parecendo, então, que não há mais avaliação do merecimento para que a mudança de regime se concretize. Assim não nos parece, pois, que o sistema penal de execução penal deve ser de todo harmônico, cumprindo ressaltar que, o Código Penal continua a mencionar a necessidade de se avaliar o mérito do condenado para a progressão, bem como, o exame classificatório continuará sendo feito no início da execução, assim como o criminológico, ainda existindo a Comissão Técnica de Classificação.

Por isso, partindo-se do pressuposto de que a individualização da pena não se encerra com a prolação de sentença, continuando durante a execução da mesma, que possui caráter jurisdicional, logo, depende de atos motivados do juiz para que se desenvolva - jamais se poderia considerar extinta ou afastada a possibilidade de que, para formar seu convencimento, o magistrado ficasse entregue a um simples atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, para todo e qualquer caso, sabe-se lá de que forma e com qual critério. O Poder Judiciário é autônomo do Executivo, não sendo um atestado, o suficiente para levar o magistrado a abrir mão de sua independência funcional, avaliando concretamente o progresso e o merecimento de condenados submetidos à sua jurisdição.

Outro caminho seria coibir a individualização executória da pena, o que, ademais, não seria o ideal. Realizar um programa individualizador no começo do cumprimento da pena

(art. 6º da LEP) e um exame criminológico (art. 8º, LEP), sem haver solução de continuidade, quando for indispensável para a obtenção do resultado concreto, do programa fixado para o preso, seria inútil. Para que o juiz não se limite á requisitos, puramente objetivos (um sexto do cumprimento da pena + atestado de boa conduta carcerária), contra os quais não há insurgência viável, privilegiando o aspecto subjetivo que a individualização - judicial ou executória - sempre exigiu, deve seguir sua convicção, determinando a elaboração de laudo criminológico, quando sentir necessário, fundamentando, é certo, sua decisão, bem como, pode cobrar da Comissão Técnica de Classificação um parecer específico, quando lhe for conveniente. Acrescente-se, que a redação do art. 112, caput, da Lei de Execução Penal, menciona que o preso deve ostentar bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento. Essa comprovação pode não se dar, de modo suficiente, em um singelo atestado de boa conduta, instando o magistrado a demandar outros esclarecimentos, como os dados possíveis de colhimento pelos demais profissionais, em exercício no estabelecimento penal.

O mesmo se diga no que se refere ao livramento condicional, já que continua vigente o art. 83, parágrafo único, do Código Penal, demandando exame criminológico, quando o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa, Sustentando, igualmente, a necessidade de se manter a realização do exame criminológico para a progressão de regime, que por uma questão de justiça, respeito à Democracia e com vistas à recuperação do sentenciado, a execução da pena deve ser individualizada e na constituição Brasileira; conquanto tenha sido promulgada depois da lei supracitada, cobra essa individualização, á mercê de seu art. 5º, inciso XLVI. Ou seja, o legislador sabia, tinha consciência de que, para criminosos diferentes, execuções de penas também diferentes, e o elemento orientador dessa individualização é o exame criminológico, já que não se dispõe de outro meio. Além disso, como dito acima, o exame é a forma pela qual, o magistrado tem como fundamentar-se na decisão, acerca de antecipação da liberdade do sentenciado e progressão regimental, antes do cumprimento da pena na íntegra. (...)

Quanto à alegação de que o exame é mal elaborado, tem-se em mente dois fatos: primeiro, de que há um outro exame, também previsto na legislação, mas que não é feito; o exame de personalidade, o qual deveria ser aplicado, quando da entrada do sentenciado no sistema prisional e serviria de esteio ao exame criminológico (...). Mais uma vez impotente, para realizar reformas profundas, que demandam da vontade política, dinheiro e tempo, o

Estado lança mão de paliativos simplistas. E também: em razão dessa interpretação pobre e literal da nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal, poderíamos concluir que, além do tempo mínimo de cumprimento da pena, bastaria tão somente o acréscimo de atestado de boa conduta carcerária para o apenado obter o benefício almejado. Porém, é evidente que, em boa parte dos casos, a mera análise do comportamento carcerário do preso não seja suficiente para a verdadeira individualização da pena durante o processo de execução.

1.3 Cumprimento das penas mais graves em primeiro lugar

As penas mais graves devem ser cumpridas em primeiro lugar, independente da ordem de chegada das guias de recolhimento (peça inaugural da execução penal). Portanto, cumpre-se primeiramente a pena de reclusão e, na seqüência se houver, a pena de detenção (art. 69, caput Código Penal).

Por outro lado, havendo penas impostas pela prática de crimes hediondos, devem ser sempre cumpridas em primeiro lugar, até porque, são as que impedem a progressão do regime, bem como, estipulam um prazo maior para a obtenção do livramento condicional. Passado o estágio do cumprimento de pena por delito hediondo - ou pelo menos, o período referente à 2/3, que já autoriza a concessão de livramento condicional -, iniciando o estágio de penas, cuja progressão passa a ser admissível, toma-se possível ao condenado receber benefícios.

1.4 Progressão nos crimes hediondos e no delito de tortura

Não há o que possibilite progressão no caso dos crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei 8.072/90), posição que, por ora, predomina na jurisprudência. Pensamos, entretanto, que a Lei dos Crimes Hediondos, ao vedar a progressão, impondo regime fechado integral, é inconstitucional, não porque ofende o princípio da humanidade,

mas porque lesa a individualização executória da pena. Não deve haver pena-padrão, em hipótese alguma. O crime de tortura, no entanto, contava na mesma relação impeditiva da progressão da Lei dos Crimes Hediondos equiparados, embora a Lei 9.455/97 tenha retificado o disposto nessa lei, permitindo a progressão, ao estabelecer que o regime inicial seja fechado. Atualmente está em vigor a Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal (STF). Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

1.5 Critérios para a regressão o regime mais rigoroso

¹Há basicamente, duas situações que desencadeiam essa transferência:

a) Adaptação do regime: nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observando, quando for o caso, a detração ou a remissão. E mais: sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante daquela que está sendo cumprida, para determinação do regime. Portanto, se o sujeito foi condenado a uma pena de seis anos, em regime semi-aberto, por um processo, e a quatro anos, em regime aberto, por outro, é crucial que o juiz da execução penal estabeleça um regime único para o cumprimento de 10 anos de reclusão, que aliás, demanda o regime fechado;

b) regressão por falta: nos termos do art. 118 da mesma lei, o condenado pode ser regredido a regime mais rigoroso quando, praticar fato definido como crime doloso ou falta grave ou sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

No caso de cometimento de crime doloso, é preciso, num primeiro momento, sustar os benefícios em que se encontra (se está no aberto, será transferido, cautelarmente, para o fechado), aguardando-se a condenação com trânsito em julgado, regredir-se a regime mais severo.

¹ Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial.** 2006. p. 374/375

1.6 Imprescindibilidade do regime fechado

Optou o legislador por criar uma presunção absoluta de incompatibilidade, no cumprimento da pena superior a oito anos em regime mais brando, impondo-se inicialmente o fechado. Nem sempre, no entanto, o condenado á pena superior, a referido patamar é mais perigoso que outro, apenado em montantes inferiores.

Outro ponto importante é que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante da sua pena (alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal). E tem sido posição majoritária na doutrina e na jurisprudência não pode o réu reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado.

Atualmente, entretanto, está em vigor a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “é Admissível a adoção de regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados á pena, igual ou superior a quatro anos, se favoráveis ás circunstâncias judiciais”.

Essa posição harmoniza-se com o entendimento de que penas curtas, quando cumpridas em regime fechado, somente deterioram ainda mais, o caráter e a personalidade do sentenciado, produzindo mais efeitos negativos do que positivos. Por isso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite que o magistrado, no caso concreto, emita juízo de valor, acerca das condições pessoais do réu, valendo-se das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, para inseri-lo, a despeito de reincidente, no regime semi-aberto, mais condizente com penas não superiores a quatro anos.

1.7 Utilização do art. 59 do Código Penal para fixação do regime de cumprimento de pena

O emprego do disposto no art. 59 é múltiplo, valendo para vários momentos diferentes da individualização da pena. Assim as circunstâncias previstas no art. 59 -

culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima - são utilizados desde o momento, da escolha do montante da pena privativa de liberdade, passando pela eleição do regime, até culminar na possibilidade de substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa e outros benefícios.

1.8 Exigência da reparação do dano ou devolução do produto do ilícito para a progressão de regime

Introduziu a lei 10.763, de 12 de novembro de 2003, mais um empecilho à progressão de regime, demandando que o condenado por crime contra a administração pública, ainda que possua merecimento, seja obrigado a separar previamente o dano causado ou devolver o produto do ilícito.

Tal reclamo é, em nosso entender, inconstitucional, se interpretado de forma absoluta, e além de tudo, de pouca utilidade. Primeiramente, deve-se ressaltar que a pena tem a finalidade tríplice de configurar uma resposta ao crime perpetrado (castigo), seja uma prevenção a novas infrações (seja na ótica positiva geral - reafirmação dos valores e da eficiência do sistema penal, seja na visão negativa geral - servir de alerta à sociedade), bem como valer com fator de reeducação e re-socialização (prevenção positiva especial), este último, aliás, constante da Declaração Americana dos Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil e em pleno vigor. Logo, não há como função ou finalidade da pena, a meta de reparação do dano à vítima, seja ela quem for. Portanto, o condenado que esteja em regime fechado, dando mostras de plena recuperação, cumprido o período mínimo de um sexto, sem o cometimento de falta grave, nem tampouco possuindo laudos ou pareceres desfavoráveis dos componentes da Comissão Técnica de Classificação, tem o direito inafartável de progredir.

A individualização, preceito constitucional (art. 5º, XLVI, primeira parte), desenvolve-se em três fases, como já abordado (legislativa, judiciária e executória), razão pela qual o mais importante é verificar se o sentenciado mostra sinais de recuperação; assim sendo, quando viável sua re-socialização, a passagem para regime mais brando é direito indiscutível.

É bem verdade que há exigência semelhante, por exemplo, no campo do livramento condicional (tenha reparado, salvo a efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração - art. 83, IV, CP), mas não se deve olvidar que o livramento condicional não é regime de cumprimento de pena, embora esteja inserido no universo das medidas de política criminal, para permitir a redução do tempo de prisão, propiciando a concessão antecipada da liberdade. Por outro lado, no caso mencionado, pelo menos deixou claro o legislador, a hipótese de não ser possível ao condenado efetivar a reparação do dano. Ora, tal previsão não se faz no novo parágrafo do art. 33, o que demonstraria um desnível entre o sentenciado por crime contra a administração e os demais. Um estelionatário, por exemplo, não tendo condições financeiras, deixa de indenizar a vítima e consegue o livramento condicional. No campo da progressão, então, nem mesmo precisa demonstrar que podia ou não reparar o dano:

Um condenado por corrupção, no entanto, não receberia benefício algum, ao menos no contexto da progressão. Tal medida é discriminatória e fere não somente a finalidade da pena, prejudicando a individualização, como também leva o princípio geral da igualdade de todos, perante a lei. O que possui de especial o autor do crime contra a Administração? Seria ele mais perigoso à sociedade do que os demais? O autor de um roubo recebe pena mais elevada e nem por isso precisa demonstrar ter reparado o dano para a progressão. Portanto, a medida é inconstitucional e, em grande parte, inócua. É inútil porque a grande maioria dos condenados por delito contra a administração tem a possibilidade de receber *sursis* ou pena alternativa (confira-se o montante das penas mínimas de crimes contra a administração pública e associe-se à malfadada política de aplicação da pena mínima pela magistratura nacional); logo, a eles é indiferente a progressão.²

Diga-se mais: é rara a hipótese de um condenado por crime contra a administração pública receber pena superior a quatro anos, o que permitiria o regime aberto, evidenciando a inutilidade da progressão.

Em suma, não se pode discriminar vítimas (quando for da administração, exige-se a prévia reparação do dano para a concessão de progressão de regime; quando se tratar de particular, tal demanda inexistente); não se deve atentar contra a finalidade precípua da pena, que é a reeducação e re-socialização, algo que necessariamente, não tem relação com a reparação do dano; não se pode discriminar réus e condenados por sua capacidade econômica, uma vez

² Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial**. 2006. p.377

que, muitos autores de crimes contra a administração podem não ter condições de arcar com a reparação e somente os mais ricos beneficiar-se-iam da progressão de regime; não se pode aceitar que uma regra restritiva de direito seja criada para ter ínfima aplicação, já que a grande maioria dos condenados por crimes contra a administração tem pena inferior a quatro anos, assim, goza de muitos outros benefícios e está distante da necessidade da progressão de regime. O capítulo seguinte trata a respeito das espécies dos regimes da pena.

2 AS ESPÉCIES DOS REGIMES DA PENA

O Código Penal, no art. 33, caput, prevê três espécies de regimes penitenciários, *in verbis*: Regime fechado; Regime semi-aberto; e Regime aberto.

Considera-se regime fechado, a execução da pena privativa de liberdade, em estabelecimento de segurança máxima ou média (parágrafo 1º, alínea a do Código Penal).

No regime semi-aberto, a execução da pena se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (alínea b do Código Penal).

No regime aberto, a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado (alínea c do Código Penal)

2.1 Regime fechado

Quando inserido no regime fechado, o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, á exame criminológico de classificação, para a individualização da execução (art. 34, CP).

O condenado deve trabalhar durante o dia e ficar isolado durante o repouso noturno (art. 34, § 1º, CP). O trabalho deve ser realizado dentro do estabelecimento prisional, conforme as aptidões do condenado. Excepcionalmente, permite-se que o trabalho ocorra em serviços ou obras públicas fora do período (art. 34, § 2º, CP).

O regime inicial fechado (exceto quando imposto por lei) deve ser fundamentado pelo juiz.

2.2 A aplicação do regime fechado á pena de detenção

Há polêmica se, realmente é possível aplicar, inicialmente, o regime fechado a crimes apenados com detenção, formando-se duas correntes: a) é possível aplicar o regime fechado, quando o réu for reincidente e outras circunstâncias do art. 59 forem desfavoráveis. O parágrafo 2º, letras b e c, do art. 33 o Código Penal deve prevalecer sobre o caput; b) somente é possível aplicar o regime semi-aberto, mesmo que o réu seja reincidente. O caput do art. 33 prevalece sobre o § 2º (é a majoritária da doutrina e da jurisprudência). Há uma contradição entre o caput, o § 2º do art. 33, que precisa ser resolvida em favor do réu. Aliás, o próprio legislador confirmou tal tendência ao editar a lei 9.455/97 (crimes de tortura), prevendo o regime inicial fechado a todos os delitos apenados com reclusão, exceto para o único crime apenado com detenção (art. 1º, § 2º - omissão de quem tinha o dever de agir para impedir a tortura). Há também, uma exceção legal: a todos os crimes que sejam frutos de organização criminosa, não importando se apenados com reclusão ou detenção, deve ser aplicado o regime fechado (Lei 9.034/95).

Lembremos que a gravidade do crime, por si só, não é motivo para estabelecer o regime fechado. A eleição do regime inicial de cumprimento da pena obedece aos mesmos critérios do art. 59, conforme determinação expressa do § 3º do art. 33. Registre-se a edição da súmula 718 do STF, *in verbis*: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não contribui motivação idônea, para a imposição do regime mais severo do que a permitida, segundo a pena aplicada”. (NUCCI, 2006. p.278)

2.3 Pena fixada no mínimo e regime prisional mais severo

Quando o juiz fixa a pena no mínimo legal, havendo possibilidade de estabelecer o regime semi-aberto ou aberto, poderia aplicar o fechado? Há duas posições a esse respeito: a) quando a pena for fixada no mínimo legal, porque todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal são favoráveis, não há razão para estabelecer regime mais severo; b) a fixação de pena no mínimo legal não leva, necessariamente, ao estabelecimento do regime mais

brando, pois os requisitos do art. 59 devem ser analisados em duas fases: primeiramente, para a fixação do montante da pena e, em segundo plano, para a escolha do regime de cumprimento.

Pensamos ser muito difícil para o magistrado reparar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outras, para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que o envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos, circunstâncias e conseqüências do crime, previsto no art. 59. Muitas vezes, ocorre a predominância da indevida política da pena mínima, isto é, a praxe de muitos magistrados tendente a estabelecer sempre a pena mínima, embora, em seguida, resolva fixar regime mais severo, porque o crime, abstratamente considerado é grave. Com isso não concordamos. Exemplificamos com o caso do roubo: se for a mão armada, a pena padrão é de 5 anos e 4 meses de reclusão. Depois, no momento de fixar o regime de cumprimento, porque se trata de crime grave - não porque foi cometido em peculiares circunstâncias fáticas, mas pelo simples fato de ser um roubo, delito que assola as grandes metrópoles -, estabelece-se o regime fechado. Ora, nada justifica tal postura, uma vez que o regime de cumprimento da pena deve obedecer, fielmente, os critérios do art. 33, especialmente o disposto no § 3º, que remete o art. 59.

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo. Pode-se utilizar o regime inicial fechado para o crime de roubo, quando o modo de praticá-lo foi excepcional, tal como utilizar violência desnecessária contra a vítima já rendida, demonstrando sadismo. Entretanto, nessa hipótese, merece a pena ser estabelecida acima do mínimo legal. Portanto, embora não seja teoricamente impossível a fixação da pena no mínimo e regime mais severo, cremos ser inviável padronizar o entendimento seja num sentido, seja noutro. Direito penal não é ciência exata e cada caso merece avaliação de por si, fazendo-se justiça no caso concreto, não em abstrato.

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. O mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no

tocante à fixação do quantum da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. Consulte-se o disposto na Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada, permitir seria motivação idônea.

2.4. Local de cumprimento da pena no regime fechado

Da penitenciária; alojado o condenado em cela individual, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com salubridade e área mínima de seis metros quadrados (arts. 87 e 88 do Código Penal). Segundo a lei, não se cumpre pena em cadeia pública, destinada a recolher unicamente os presos provisórios (art. 102, Lei de Execução Penal). Lamentavelmente, por falta de vagas, há muitos sentenciados cumprindo pena, sem qualquer condição de salubridade e distante dos objetivos da individualização da execução, nas cadeias e distritos.

2.5. Regime disciplinar diferenciado

Introduzido pela lei 10.792/2003, o regime, disciplinar diferenciado é, em síntese, caracterizado pelo seguinte: a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias (art. 52, incisos I a IV, da lei 7.210/84).

A esse regime serão encanados os presos, que praticarem fato previsto como crime doloso (note-se bem, fato previsto como crime e não crime, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige), considerando falta

grave, desde que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna, sem prejuízo da sanção penal cabível.

O regime é válido para condenados ou presos provisórios. Podem ser incluídos no mesmo regime os presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52 parágrafo 1º, Lei da Execução Penal), bem como aqueles que (provisórios ou condenados) estiverem envolvidos ou participarem - com fundadas suspeitas -, a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, LEP).

Enfim, três são as hipóteses para a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado: a) quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre; b) quando o preso provisório ou condenado apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita.

O regime disciplinar diferenciado somente poderá ser decretado pelo juiz da execução penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa (por exemplo, o Secretário da Administração Penitenciária), ouvido previamente o membro do Ministério Público e a defesa (art. 54 e parágrafos), da Lei de Execução Penal. Embora o juiz tenha o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias, aguardando a decisão judicial (art. 60, Lei de Execução Penal). Os prazos, no entanto, deveriam coincidir, ou seja, se o juiz tem até 15 dias para deliberar sobre o regime disciplinar diferenciado, o ideal seria que a autoridade administrativa tivesse igualmente 15 dias para isolar o preso, quando fosse necessário. Nada impede, aliás, recomenda, no entanto, que o juiz, alertado de que o preso foi isolado, decida em dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal. O tempo de isolamento provisório será computado no período total de regime disciplinar diferenciado, como uma autêntica detração.

Observa-se a severidade incontestável do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções

que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas a voltar à prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso, é preciso que o magistrado encarregado da execução penal, tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige, para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constada posteriormente, no Regime Disciplinar Diferenciado.

2.6. Trabalho externo do condenado

Somente é admissível no regime fechado, em serviço ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta ou indireta, em regra; eventualmente, pode ser feito em entidades privadas, desde que sob vigilância. Esse trabalho será remunerado e, quando for realizado em entidades privadas, depende do consentimento expresso do preso. Para ser autorizada essa modalidade de trabalho é indispensável ao cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena (arts. 36 e 37 Lei de Execução Penal).

2.7 Regime semi-aberto

Deve ser cumprimento em colônia penal agrícola ou industrial, ou estabelecimento similar (art. 35, CP). O condenado fica sujeito ao trabalho durante o dia, podendo freqüentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Admite-se o trabalho externo e desde que haja merecimento do condenado, não haverá mais isolamento noturno.

2.8 Saídas temporárias e trabalho externo

Segundo a lei, o trabalho externo é admissível, em caráter excepcional. As saídas temporárias, sem fiscalização direta, somente poderão ser feitas para freqüência a curso

supletivo profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da Execução (art. 122, II, LEP).

Podem ocorrer, ainda, saídas sem vigilância para visitas à família ou para participação em atividades concorrentes para o retomo ao convívio social. A autorização depende, entretanto, de comportamento adequado do sentenciado, cumprimento mínimo de um sexto da pena (se primário) ou de um quarto (se reincidente) e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (art. 123, Lei de Execução Penal). Vide, ainda a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”.

Lembremos ser posição majoritária a inviabilidade de concessão do regime semi-aberto á estrangeiro, condenado no Brasil, desde que sofra processo de expulsão, devendo cumprir toda a sua pena no regime fechado para, depois, ser expulso.

2.9 Regime aberto

Esse regime baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, Código Penal). O condenado deve recolher-se, durante o repouso noturno, à Casa de Albergado, ou estabelecimento similar, sem rigorismo de uma prisão, desenvolvendo atividades laborativas externas, durante o dia. Nos dias de folga, deve ficar recolhido.

A Casa de Albergado deve ser prédio situado em centro urbano, sem obstáculos físicos para evitar fuga, com aposentos para os presos e local adequado para cursos e palestras (arts. 93 a 95, LEP).

Infelizmente, tendo em vista a existência de Casas de Albergado em muitas comarcas, consolidou-se a utilização do regime de prisão albergue domiciliar (PAD), originalmente obsturada a condenados maiores de 70 anos, condenados acometidos de doença grave, sentenciados com filho menor ou deficiente físico ou mental e gestante condenada (art. 117, LEP).

2.9.1 Hipóteses de regressão do regime aberto ao mais rigoroso

Há quatro situações de regressão do regime aberto ao mais rigoroso:

- a) prática de fato definida como crime doloso: Nesse caso, o melhor a fazer é sustar cautelarmente o regime aberto, determinando a colocação do sentenciado em regime fechado ou semi-aberto, conforme o caso, aguardando o término do processo instaurado. Se for condenado, consolida-se a regressão; sendo absolvido, o regime será retomado, respeitada a detração.
- b) frustração dos fins da execução: Trata-se da hipótese de prática de falta grave, deixando de trabalhar ou até se ausentando da Casa de Albergado, durante o repouso noturno;
- c) não pagamento da multa cumulativa aplicada, podendo fazê-lo: Se o condenado encontra-se no regime aberto, trabalhando, intimado a pagar a multa, deixa de efetuar o recolhimento, está obrigando o Estado a promover a execução forçada, o que é incompatível com o senso de responsabilidade e disciplina exigida pelo regime;
- d) condenação por crime anteriormente praticado, mas que tome a soma das penas, incompatível com o regime (Ex.: cumprindo três anos de reclusão em prisão albergue domiciliar, o condenado recebe nova pena de seis anos. Não poderá permanecer no regime aberto, devendo ser transferido).³

2.10 Direitos do Preso

2.10.1 Direito à visita íntima

O direito à visita íntima trata-se de polêmica não resolvida, infelizmente, pela lei de Execução Penal, de modo que não se pode considerar um direito do preso. Observa-se que, atualmente, é uma prática comum nos grandes presídios, autorizada pela direção, como forma de acalmar a população carcerária, evitar a violência sexual no seu interior e fomentar os laços familiares do preso com suas companheiras ou esposas.

³ Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial**. 2006. p.382,383.

2.10.2 Direito de cumprir a pena no local do seu domicílio

Não existe esse direito, de cumprir a pena no local do seu domicílio, pois vigora a regra de que a pessoa deve cumprir pena no lugar do cometimento do crime. Além disso, os Estados vêm construindo presídios distantes da capital, motivo pelo qual, a distribuição dos detentos é atribuição exclusiva dos órgãos de execução penal, embora seja conveniente que o condenado fique perto de sua família, o que facilita o processo de re-socialização.

2.10.3 Disposição constitucional de proteção ao preso

Diz o art. 5º, XLIVX, da Constituição Federal, que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. No mesmo enfoque estão os arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal (direitos do preso): a) alimentação suficiente e vestuário; b) atribuição de trabalho e sua remuneração; c) previdência social; d) constituição de pecúlio; e) proporcionalidade de tempo entre trabalho, descanso e recreação; f) participação de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, compatíveis com sua pena; g) assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e médica; h) proteção contra qualquer tipo de sensacionalismo; i) entrevista direta com o advogado; j) visita de cônjuge, companheira, parentes e amigos, em dias determinados; k) chamamento nominal; l) igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; m) avistar-se com o diretor do presídio; n) possibilidade de representação e petição a qualquer autoridade, o) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

2.10.4 Direito do preso à execução provisória da pena

Tem sido posição predominante, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, poder o condenado à pena privativa de liberdade, executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão do regime, pleiteando a passagem do fechado para o semi-aberto.

A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, havendo um teto máximo para a sanção penal, bem como quando ele está preso.

A pretexto de se tratar de prisão provisória, cautelarmente decretada durante a instrução, não se pode obstar esse direito, uma vez que, existindo eventual triunfo da defesa, por ocasião do julgamento de seu recurso, o máximo que poderá ocorrer será a sua imediata liberação - quando houver absolvição ou diminuição da pena. Lembremos que o tempo de prisão provisória será computado como se a pena fosse, em virtude da detração (art. 42, do Código Penal), o que fortalece, ainda mais, a possibilidade de se conceder ao sentenciado algum benefício, caso tenha preenchido o requisito objetivo, concernente ao tempo de prisão. Aliás, o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, prevê a possibilidade de se aplicar ao preso provisório o disposto nesta Lei, o que permite supor estar incluída a progressão.

Logicamente, esta não será automática, respeitando-se os demais requisitos para a concessão, como o merecimento, como argumento contrário à execução provisória da pena, invoca-se o princípio constitucional da presunção de inocência. Se o réu for inocente até que a decisão condenatória se torne definitiva, não seria cabível fazê-lo cumprir antecipadamente a pena. Ocorre que os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, servem para proteção do indivíduo, e não para prejudicá-lo, o que aconteceria caso fosse levado como causa impeditiva da execução provisória.

Não vimos necessidade nisso, o correto é a extração da guia provisória de ofício, enviando-a ao juízo da execução penal, pois o direito à liberdade é indisponível, razão pela qual, não cabe ao réu decidir se deseja ou não ser beneficiado por eventual progressão.

No Estado de São Paulo, está em vigor o Provimento 653/99 do Conselho Superior da Magistratura, estabelecendo que o juiz deva expedir guia de recolhimento provisório, após a condenação, determinando a remessa ao juiz das execuções penais, responsáveis pela execução provisória. Resolve-se, com a expedição da guia provisória, outro obstáculo alegado por alguns, de que não haveria pressuposto fundamental para o início da execução penal, como o art. 105 (... o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução).

Em contraposição, no entanto, sustenta o Superior Tribunal de Justiça ser competente o juízo da condenação, *in verbis*:

O entendimento pretoriano firmou-se no sentido de que a competência para decidir sobre progressão de regime de cumprimento de pena em relação aos presos provisórios, ou seja, no período que medeia entre a publicação da sentença condenatória e o seu trânsito em julgamento é do juiz da condenação. (GONÇALVES, 1999. p. 167).

A viabilidade, no entanto, de existir execução provisória da pena está consolidada, conforme se pode verificar pela edição da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime severo nela determinada, antes do trânsito e julgado da sentença condenatória”.

2.11 Trabalho do Preso

2.11.1 Distinção entre trabalho forçado e trabalho obrigatório

Este último faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado que necessita de reeducação e nada melhor do que fazê-lo por intermédio do trabalho; por outro lado, a Constituição Federal, veda a pena de trabalhos forçados (art. 5º, XLVIII, c), o que significa não poder se exigir do preso, o trabalho, sob pena de castigos corporais e sem qualquer benefício ou remuneração.

O Código Criminal do Império estatuiu no art. 46: "A pena de prisão, com trabalho, obrigará os réus a ocuparem-se diariamente, no trabalho que lhe forem designados, dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões. "A superação do trabalho gratuito caminha paralelamente à rejeição do confisco de bens". (Direito Penal da Constituição, p.133)

2.11.2 Trabalho e remissão do preso

Remissão é o resgate da pena pelo trabalho, permitindo-se o abatimento do montante da condenação, periodicamente, desde que se constate estar o preso em atividade laborativa.

O trabalho, segundo a Lei de Execução Penal (art. 31), é obrigatório, mas não forçado. Deve trabalhar o condenado que almejar conseguir benefícios durante o cumprimento da pena, tendo em vista que a sua recusa pode configurar falta grave (art. 51, III, c/c, art. 39, V, da Lei de Execução Penal - 7.210/84) e, conseqüentemente, o impedimento à progressão de regime e ao livramento condicional.

O trabalho forçado, vedado constitucionalmente (art. 5º, XLVIII, c), teria o condão de impelir o sentenciado à atividade laborativa, sob pena de sofrer outras e mais severas sanções. Logo, a remissão é um incentivo à laborterapia.

São requisitos para o reconhecimento da remissão: a) três dias de trabalho por um dia de pena; b) apresentar merecimento, auferido pela inexistência de registro de faltas graves no seu prontuário; c) cumprir o mínimo de seis horas diárias (máximo de oito), com descanso aos domingos e feriados. É viável a concessão de horário especial de trabalho, quando o preso for designado para serviços de conservação e manutenção do presídio (art. 33, parágrafo único, da Lei de Execução Penal); d) apresentar atestado de trabalho fornecido pelo presídio, com presunção de veracidade; e) exercício de trabalho reconhecido pela direção do estabelecimento prisional.

2.11.3 Perda dos dias remetidos e falta grave

Trata-se de jurisprudência, amplamente majoritária no sentido de que o condenado, ao praticar falta grave, perde os dias remetidos, iniciando-se novo cômputo, a partir da data da falta. É a aplicação do art. 127 da Lei de Execução Penal: o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Embora alguns sustentem haver, nesse caso, direito adquirido, ou seja, uma vez reconhecida a remissão de parte da pena, cometida a falta grave, não se poderia perder o que já foi conquistado, deve-se aplicar exatamente o disposto no mencionado art. 12, afinal, a própria lei estipula não haver nem direito adquirido, nem tampouco coisa, julgada material, em relação ao reconhecimento do benefício. Tanto assim que, recebendo regime prisional mais favorável, não tem o condenado direito adquirido de nele permanecer. Caso cometa falta grave, pode ser regredido.

O único caso que afasta a possibilidade de perda dos dias remidos é o término da pena, antes do reconhecimento da referida perda ser feita pelo juiz e desde que, a extinção da pena já tenha sido decretada.

2.11.4 Inexistência de oportunidade de trabalho e preso provisório

Não cabe a remissão, quando o estabelecimento prisional não der oportunidade de exercer atividade laborativa, pois a lei é clara, exigindo o trabalho para a redenção da pena. Há basicamente duas correntes opostas nesse tema: a) admite-se a remissão porque o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, determina que o disposto nessa lei deva ser aplicado aos presos provisórios, incluindo, pois, o direito à remissão. Por outro lado, deve-se aplicar o disposto no art. 31, parágrafo único, da Lei de Execução Penal: Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento. Ora, se o preso provisório pode trabalhar, então tem direito à remissão. b)

não se admite a remissão porque seria um autêntico *bis in idem* diante da detração, que já é o benefício para quem está preso provisoriamente, em o art. 126 da LEP diz que a remissão só cabe a condenado.

Atualmente, diante da possibilidade de executar provisoriamente a pena, não mais tem cabimento a impossibilidade de aplicar a remissão, ao preso provisório que resolver trabalhar. Ora, se ele pode até mesmo progredir de regime, por que não poderia trabalhar e remir a sua eventual futura pena? Cremos admissível, computar remissão ao cautelarmente preso, dando-se amplo cumprimento à execução provisória da pena.

2.11.5 Remissão pelo estudo

Não há previsão legal, embora devesse existir. Sabemos que o estudo pode servir à laborterapia com o fito de re-socialização do condenado, propiciando-lhe, inclusive, no futuro, melhores e mais adequadas condições de disputa no mercado de trabalho após o cumprimento da pena.

Ocorre que, atualmente, não se tem qualquer tipo de regra a reger essa modalidade de remissão, podendo haver abuso e total falta de sincronia entre situações praticamente idênticas. Quantas horas de estudo seriam necessárias para completar um dia de trabalho? Que tipo de estudo? Computar-se-ia somente aula ou também atividade extraclasse, como leitura de lições e exercícios? O estudo individual teria validade? Seria necessário atingir um mínimo de nota ou aprovação? Enfim, não se tendo parâmetro, cada juiz poderia implementar o seu sistema, proporcionando condições díspares aos sentenciados.

Pensamos ser ideal a regulamentação legal, mas antes disso, somente em condições excepcionais se poderia aceitar, buscando o máximo de equiparação com o trabalho (mínimo de seis horas diárias, todos os dias da semana, exceto domingos e feriados, com fiscalização e aproveitamento, o que seria equivalente a trabalho satisfatório).

2.11.6 Superveniência da doença mental

É preciso distinguir a doença mental que acomete o sentenciado, durante a execução da sua pena, da enfermidade que possui o agente no momento da conduta delituosa. A este último caso, aplica-se o disposto no art. 26 do Código Penal, vale dizer, não se aplica pena, mas medida de segurança, ocorrendo a chamada absolvição imprópria. O juiz, apesar de absolver o réu, impõe-lhe medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), que será nos termos do art. 97, § 1º, do Código Penal, indeterminada, até que haja a cessação da periculosidade (afinal, cometeu um injusto no estado de insanidade).

A superveniência de doença mental ao condenado, no entanto, apesar de poder levar à conversão da pena em medida de segurança, nos termos do disposto no art. 41 do Código Penal, em combinação com o art. 183 da Lei de Execução Penal, não pode ser por tempo indeterminado, respeitando-se o final da sua pena. Afinal, o sistema do duplo binário (aplicação de pena e medida de segurança) foi abolido em 1984, de forma que, se o réu foi condenado por ter sido considerado imputável à época do crime, recebendo a reprimenda cabível, por tempo determinado, não pode ficar o resto dos seus dias submetido à uma medida de segurança penal.

Assim, terminada a sua pena, estando ele em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, deve ser colocado à disposição do juízo civil, tal como acontece, com qualquer pessoa acometida de uma enfermidade mental incurável. Por derradeiro, é preciso que se diga que, se a doença mental for curável e passageira, não há necessidade de conversão da pena em medida de segurança, mas tão-somente a transferência do preso, para tratamento em hospital adequado, por curto período.

2.12 Detração

É a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de

prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento. Ex.: se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar em julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco.

2.12.1 Cômputo da prisão provisória na medida de segurança

O desconto deve ser feito no prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial (1 a 3 anos), e não no tempo total de aplicação da medida de segurança. Assim, se o juiz determina dois anos de internação mínima, mas o apenado já ficou preso por um ano, preventivamente, deve ser realizado o exame de cessação de periculosidade dentro de um ano (e não em dois, como originalmente determinado).

Expõe a doutrina que, da “detração em relação à medida de segurança se justifica não para o fim de ser levantada a medida, como é curial, mas para o efeito de contar o tempo para a realização obrigatória do exame de averiguação de periculosidade ao termo do prazo mínimo” (REALE, 2002. p.123)

2.12.2 Ligação entre a prisão provisória e a pena concreta para aplicar a detração

Há basicamente duas correntes: a) deve haver ligação entre o fato criminoso, a prisão provisória decretada e a pena aplicada; b) não precisa haver ligação entre o fato criminoso praticado, a prisão provisória e a pena, desde que haja absolvição, extinção da punibilidade ou redução da pena em outro processo por crime anteriormente cometido, mas prisão decretada depois. Ex.: se o réu cometeu um roubo, no dia 20 de março de 2000, e depois pratica um furto pelo qual tem a prisão preventiva decretada, no dia 13 de maio de 2000, caso seja absolvido pelo furto e condenado pelo roubo, poderá computar o tempo de prisão provisória na pena do crime pelo qual foi apenado.

O que não se pode aceitar, de modo algum, é a aplicação da detração, quando o fato criminoso pelo qual houve condenação tenha sido praticado posteriormente ao delito que trouxe a prisão provisória e a absolvição. Seria indevido o “crédito em conta corrente”. Ex.: o sujeito pratica um roubo, pelo qual é preso em flagrante, mas é absolvido; depois comete um furto, onde vem a ser condenado. Se pudesse descontar o tempo do flagrante do roubo na pena do furto, estaria criando um crédito contra o Estado para ser utilizado no futuro, o que é ilógico.

2.12.3 Detração e pena de multa

Aplica-se, por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir.

2.12.4 Detração e determinação do regime inicial da pena

A aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, por exemplo, se o agente ficou preso dois anos, preventivamente, para depois ser condenado a nove anos de reclusão (que exige a fixação do regime fechado inicial), não há como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tenha ele apenas mais sete anos para cumprir, impondo-lhe o regime semi-aberto.

2.12.5 Detração e suspensão condicional da pena

O desconto deve operar-se na pena privativa fixada, se vier a ser cumprida, caso revogado o sursis, mas não no tempo de suspensão. Imagine, por exemplo, que o réu seja

condenado a dois anos de reclusão, tendo ficado preso provisoriamente por seis meses. Recebe o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos. Caso seja revisto o sursis, ao invés de cumprir dois anos, cumprirá somente um ano e seis meses. Em nada poderá interferir a prisão provisória no período de prova - afinal, se a condenação fosse de apenas um ano e seis meses, do mesmo modo caberia o sursis pelos mesmos dois anos. O capítulo seguinte aborda a prevenção especial da pena.

3. PREVENÇÃO ESPECIAL DA PENA

Se a prevenção geral atribui à pena o fim de evitar novos delitos, dirigindo-se à sociedade, por outro lado, a prevenção especial, direciona seus fins preventivos ao criminoso. A função preventiva especial justifica a pena com base na criação de condições, para que o apenado não reincida.

Reale Júnior (2002, p. 50) destaca que a:

Prevenção especial tem suas raízes fincadas na Escola Positiva, por influência do cientificismo reinante daquele período. Tratava-se de um momento em que o Estado liberal encontrava-se em crise, de intenso desenvolvimento industrial e crescimento demográfico. Surgida nesse período, quando a miséria criada pelo industrialismo, criava um ambiente propício ao crime, a prevenção especial consistiu numa concepção da pena como meio de proteção da sociedade.

Com a criminalidade, os conceitos das ciências naturais, a Escola Positiva atribuiu à pena a função de coibir a criminalidade, por meio de um sistema punitivo, que fulminasse o indivíduo que punha a sociedade em risco. Para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.296), “a pena, que agora está destinada unicamente aos setores marginalizados, à mão-de-obra barata, já não tem outra medida além daquela exigida pelo “perigo” que o sujeito representa para a sociedade”.

No primeiro momento, a pena assume o caráter de profilaxia parcial, pois em uma concepção do infrator da norma penal como delinqüente, ele deve ser retirado da sociedade. Bitencourt (2001, p. 130) afirma que “o delinqüente, como membro doente da sociedade, dela deve ser extirpado”.

No fim da segunda Guerra Mundial surgiu no direito penal, a Escola da Nova Defesa Social, que atribuiu à pena a finalidade preventiva, no sentido de coibir a reincidência delituosa, por meio da readaptação do preso à sociedade.

Conforme registra Bitencourt (2003, p. 80), “a pena obedeceria a uma idéia de re-socialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem se re-socializar e também para neutralizar os incorrigíveis”.

Assim, a prevenção especial tem um aspecto negativo, o da inocuização e um aspecto positivo o da re-socialização. Quanto a este último aspecto, houve grande repercussão no meio jurídico e social, imprimindo a utilização de vocábulos como reeducação e reinserção social.

A re-socialização trouxe grandes contribuições á teoria da pena, pois centrou suas atenções no infrator, privilegiando o princípio da individualização da pena, por meio da análise do perfil do condenado. No entanto, a re-socialização produziu perigosos efeitos, como o surgimento da ideologia do tratamento. Com efeito, a prevenção penal especial para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.108):

Tampouco pode consistir em alguma “reeducação”, nem um tratamento, que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido “moral” ou “médico”. [...] O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar “de cima”, e sim em um plano de igualdade, frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum.

A re-socialização também é alvo de sérias críticas, que se resumem à inviabilidade prática de sua proposta, à legitimidade de sua execução. De início, registre-se a não aceitação deste termo largamente utilizado, posto que traga problemas desde a sua conceituação, afinal, o que seria “re-socializar”, socializar de novo? Embora se reconheça o uso inapropriado deste termo, seguir-se-á utilizando-o, vez que assim, a doutrina a ele se refere.

O problema mais óbvio da re-socialização é a sua natureza abstrata. Somente no plano das idéias é que se admite que o indivíduo seja “re-socializado” dentro dos muros das prisões. Impossível, nesse aspecto, não transcrever a opinião de Bitencourt (2001, p.139) que afirma:

Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário-entendido como um conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados -, o interno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. [...] Na verdade, a afirmação referida, não passa de uma *carta de intenções*, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou re-socializar uma pessoa para a liberdade, em condições de não-liberdade, constituindo isso, verdadeiro paradoxo.

A segunda crítica recebida pela re-socialização é a tocante ao conteúdo ético, de uma teoria que se proponha a “reformatar”⁴ o condenado. Em uma sociedade democrática, deve-se ter liberdade para pensar e agir, de acordo com as convicções pessoais, ainda que estas entrem em confronto com o que dispõe ordenamento jurídico. Essa é tônica literal do posicionamento de Barros (2001, p.60), a quem:

O Estado não está legitimado a corrigir quem quer que seja tampouco pode através da pena, visar o arrependimento. Ao contrário, as convicções de cada um hão de ser respeitadas. O Estado não tem legitimação para impor valores morais - o pluralismo exige respeito pelas diferenças e tolerância de qualquer subjetividade humana, por mais perversa que seja.

As atividades de estudo, trabalho, artes, que forem oferecidas dentro das penitenciárias, não devem funcionar com meio de reformatar o condenado ou de torná-lo uma pessoa diferente. Trata-se de pôr à sua disposição possibilidades de que ele não se torne tão vulnerável à criminalidade e suscetível a cometer crimes novamente. Por essa ótica, um condenado que aceitou desenvolver algum ofício dentro da prisão, ao término de sua pena, pode encontrar novas possibilidades de emprego e não ter se tornado uma pessoa melhor.

A essa altura, vamos ao início do presente estudo que partiu da apresentação das formas de controle social. Com efeito, se o indivíduo submeteu-se às formas usuais de controle social, como a família e a escola, dificilmente entrará para o mundo do crime. No entanto, ainda que tenha sido alvo das formas comuns de controle social, é possível que o indivíduo venha a delinquir. Da mesma forma, existe a proposta de que a prisão possa disponibilizar atividades para os presos, que tragam em sua substância, conteúdo de controle social, como o estudo e o aprendizado de algum ofício, embora, persista igualmente a

⁴ Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8284&p=2> acesso em 12-09-2008

possibilidade de que o preso “reincida”, mesmo se houver contato dentro do cárcere com as atividades sócio-educativas.

Ou seja, a ressocialização, não será um fim da pena, mas pode se apresentar como uma possibilidade que é oferecida ao encarcerado para que ele se submeta ao controle social não institucionalizado, ressaltando que deve ser respeitada a sua liberdade de não aceitar esta possibilidade. Outrossim, mesmo que adotada essa postura diante da proposta de ressocialização, ela ainda carecerá de viabilidade prática dentro da realidade das penitenciárias brasileiras.

3.1 Finalidade de pena para a doutrina contemporânea

Após a abordagem pormenorizada das finalidades de retribuição e prevenção, é merecedora de destaque, a teoria unificadora da pena, que conjugou em um único conceito os fins retributivo e preventivo. Em resumo, para a teoria unificadora, o direito penal tem a função principal de proteção da sociedade e o fundamento da pena é o próprio delito.

A teoria unificadora possui dois momentos. Em um primeiro período, propunha apenas a justaposição das finalidades retributiva e preventiva. Em um segundo momento, propôs estabelecer fins preventivos, de acordo com o estágio da norma. Esta última concepção é que tem maior alcance na atualidade, sendo, inclusive, adotada pelo Código Penal Brasileiro vigente, *in verbis*:

Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...].

A despeito da aceitação da teoria unificadora nos manuais de direito penal, ela é alvo de críticas como a de que, a reunião de todas essas finalidades não suprime as falhas de cada

uma, além de se demonstrar uma utopia. Thompson (2002, p.5) critica a teoria unificadora, como se percebe do trecho transcrito adiante:

O conceito da tríplice finalidade é bastante familiar, mesmo ao homem comum do nosso tempo, para quem, ao menos no plano racional, o preso é colocado na penitenciária com vistas a ser punido, intimidado e, principalmente, reformado [...]. Punir é castigar, é fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica.

Além da teoria unificadora, destaca-se na doutrina a teoria preventiva positiva, que se desdobra na prevenção geral positiva fundamentadora e na prevenção geral positiva limitadora.

A prevenção geral fundamentadora, denominada por Reale Júnior (2002, p.55) como idéia de reafirmação do ordenamento, cria para o direito penal uma função ético-social de garantia de valores e para a pena, a função de reafirmar a ordem violada, reforçando junto aos membros da coletividade a validade das normas. Conforme aponta o autor, esta concepção aproxima-se da teoria hegeliana, para a qual a pena é negação da negação do direito.

A prevenção geral positiva limitadora, adotada por Bitencourt (2001, p.150) e Barros (2001, p.66), preconiza que:

A pena deve ser imposta com a finalidade de prevenção geral, porém dentro dos limites estabelecidos pela proporcionalidade e pelo direito penal do fato ao Estado. O direito penal permanece com a função de garantia da juridicidade, de modo que a atuação estatal não pode desrespeitar os direitos individuais do cidadão.

Ainda merecedora de destaque é “a posição axiológico-concreta” de Reale Júnior (2002, p.56) quanto à pena, segundo a qual, seria um castigo que se justifica como reafirmação de um valor, consagrada na lei e cuja finalidade é a de retribuir com um mal, a ação intentada contra o valor descrito legalmente. Para o autor, embora não considere que a

prevenção instrumentaliza o homem, não concorda com a exemplaridade da pena, afirmando apenas que ela pode ser intimidativa. Segundo sua ótica, tanto a idéia de reafirmação do ordenamento, como a finalidade preventiva especial são efeitos colaterais da pena de prisão, podendo a finalidade re-socializadora estar presente tão somente na aplicação da pena restritiva de direitos.

Por fim, uma última concepção da pena que convém ser ressaltada é de Zaffaroni e Pierangeli “2002, p.89” que afirmam que, usualmente são dadas duas respostas excludentes para o objetivo da sanção penal. A primeira das respostas dá ao direito penal, a função de segurança jurídica e à pena, o caráter de prevenção geral através da sanção retributiva. A segunda resposta é que confere ao direito penal, a função de proteção da sociedade e à pena o caráter de prevenção especial, através da retribuição e re-socialização. Para os autores, no entanto, a meta de segurança jurídica não exclui a de defesa social, pois definindo a segurança jurídica como a proteção de bens jurídicos que assegurem a coexistência, esta se aproxima notavelmente da defesa social.

Em resumo, para os autores citados, a pena constitui-se numa afetação de bens jurídicos que se justifica pelo interesse geral de conservar a paz social e a segurança jurídica. Ainda aduzem que na afetação de bens jurídicos, o Estado deve reconhecer um âmbito de liberdade moral, de modo que à pena não pode ser dada a função de castigo, consistente em uma função moral e não de garantia de bens jurídicos.

Em outra oportunidade, ao expor a crise de legitimidade do sistema penal, Zaffaroni (1991, p.203), afirma que:

A pena possui um conteúdo inequívoco de irracionalidade, por não ser capaz de promover a solução de conflitos. A pena é aplicada depois de ocorrido o conflito. Porém, o autor conclui que por mais irracional que seja a aplicação da pena, esta irracionalidade deve ser sempre mitigada, por meio de princípios como o da lesividade e o da intervenção mínima.

Vislumbra-se, nesse contexto, o sentido de discutir o significado da pena, como sendo o de buscar um direito penal menos ilegítimante. Ainda que autores como Bitencourt (2001, p.153), afirmem que as discussões sobre as teorias da pena sejam inúteis do ponto de

vista prático, por outro lado, existem posições como a de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.91) que confirmam a relevância da discussão dos objetivos da legislação penal, que será a única forma de criticá-la e interpretá-la.

3.2 A crise da pena privativa de liberdade

Carvalho Filho (2002, p.8), em obra voltada principalmente ao público leigo, introduz o tema “prisão” relacionando uma série de fatos noticiados pela mídia há poucos anos. O autor recorda a “super-rebelião” ocorrida em fevereiro de 2001 no estado de São Paulo, quando a população conheceria a organização criminosa “PCC” - Primeiro Comando da Capital, que liderou umas das maiores rebeliões já vistas no país, na qual detentos de várias unidades prisionais daquele estado protagonizaram um motim incrivelmente organizado, cujas ações se realizaram de modo simultâneo e sincronizado. Rebeliões similares ocorrem periodicamente em todo o país, manifestando o inconformismo dos presidiários com as condições físicas das prisões e apresentando o centro vivo de criminalidade que opera dentro do cárcere.

As deficiências das penitenciárias são notoriamente conhecidas pela população brasileira. Elas realçam a incapacidade do Poder Executivo em desempenhar mais uma de suas atribuições, o controle da execução penal. Porém, além de se tratar de um problema penitenciário, o grave quadro das prisões no Brasil relaciona-se com a crise da pena de prisão, largamente anunciada pelos especialistas na área. Existe um incrível consenso na doutrina do direito penal quanto ao fracasso da pena privativa de liberdade, havendo alguma divergência tão somente, quanto à solução a ser adotada, se sua reforma, ou sua completa abolição.

A ideologia abolicionista, representada por Louk Hulsman e Nus Christie, surgiu impulsionada pela constatação das fraquezas da prisão e demonstrou seus exageros ao propor a própria extinção da pena privativa de liberdade. Sobre o abolicionismo, Jesus (2004, p.97) afirma que a “proposta não se funda na renovação e modificação dos sistemas criminais, mas em sua própria supressão, que [...] se mostraram completamente ineficientes para o alcance dos fins propostos”.

A ideologia do tratamento também surgiu face à constatação dos danos causados pelo cumprimento da pena de prisão. Suas origens remontam à criminologia da Escola Positiva, que atribuía a causa dos delitos aos distúrbios individuais, devendo o condenado ser “tratado” e não “punido”. Por essa corrente, o preso deve cooperar com a terapia adotada no encarceramento, por meio do bom comportamento e da disciplina. A ideologia do tratamento se desdobrou na “re-socialização”, cujas críticas já foram apresentadas ao longo deste trabalho. Oportuna é a lição de Thompson (2002, p.3):

Enquanto anteriormente à tônica do confinamento carcerário recaía sobre o alvo *escarnamento*, já a partir do século passado, pelo menos, passou a merecer ênfase especial a meta *reabilitação*. Designada, indiferentemente, por terapêutica, cura, recuperação, regeneração, readaptação, re-socialização e outras correlatas, ora é vista como semelhante à finalidade do hospital, ora como à da escola.

Da mesma maneira, surgida na tônica de reação ao fracasso da pena de prisão, tem-se o movimento da lei e ordem, que vai de encontro aos princípios garantistas do direito penal, além da proteção dos direitos individuais. Este movimento atribui à pena, a função de castigar o infrator, pregando a adoção de penas severas para os crimes de alta repercussão social; um regime de extrema severidade nos estabelecimentos penais, inclusive, com a supressão de garantias como a presunção de inocência e a curta duração da prisão temporária. Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.355), descrevendo o funcionamento da chamada nova direita, apresentam as características dessa ideologia, que muito se assemelha ao movimento da lei e ordem, uma vez que prega o “posicionamento retributivo”, frequentemente denominado de “neo-retribucionismo penal”.

O movimento da lei e ordem teve como desdobramento a ideologia da segurança nacional, que sustenta a renúncia de elementos limitadores da atuação estatal, como a necessidade de fundamentação da prisão preventiva, na busca da proteção de bens jurídicos considerados especialmente relevantes. No Brasil, a ideologia da segurança nacional encontrou terreno fértil durante o período da ditadura militar, justificando medidas como os Atos Institucionais, em benefício de um bem considerado maior, a segurança nacional. O Direito Penal da Segurança Nacional não encontra proteção jurídica na atual legislação

brasileira, no entanto, Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.362) alertam para a criação do direito penal da segurança urbana:

Os atores políticos, procurando clientela eleitoral, elaboram leis repressivas, longe de qualquer contexto ideológico coerente, mesclando argumentos moralistas, perigosistas e de segurança nacional. A sociedade de comunicação contemporânea e as cruzadas nacionais e internacionais, o medo, as reações perante a quebra do estado de bem-estar e a redução do espaço político para providenciar soluções reais para os conflitos sociais, favorecem urna transferência do poder, que, na época da ideologia da segurança nacional, levava à hegemonia das forças armadas e que, na versão da ideologia da segurança urbana, passa para as polícias.

No quadro de violência urbana, que amedronta a sociedade brasileira, os índices de criminalidade e a crescente preocupação com a segurança pública, são elementos suficientes para fomentar a adoção de ideologias como as apontadas acima. A população, aliás, influenciada pelas imagens vendidas pela mídia nacional, começam a debater a criminalidade e a “impunidade”. A mídia (inclusive a escrita) fornece a idéia de que as leis brasileiras são leves, beneficiam os bandidos, favorecem á impunidade. E assim informada, a opinião pública manifesta-se pelo “endurecimento” das leis, pelo cumprimento da pena sem condenação. É visível que diante da vulnerabilidade da população, o sentimento de vingança tende a se sobrepor perante qualquer elemento racional na análise do sistema penal.

No entanto, ainda que se reconheça a falta de lucidez dessas ideologias, o direito penal carece de um movimento legitimador de sua atuação, que legalize e humanize a questão penitenciária. Para Bitencourt (2001, p.154), a crise da prisão deve encontrar a solução na sua própria reforma, porém a maior dificuldade apontada pelo autor é falta da devida atenção ao problema.

3.3 Aplicação de medida sócio-educativa ou penas privativas de liberdade para adolescentes infratores?

Desde a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990, muito tem se discutido a respeito da natureza jurídica das medidas sócio-educativas aplicadas aos jovens infratores.

Partindo dessa premissa, há que se considerar que, dependendo do ato infracional cometido pelo adolescente, é aplicada uma espécie de “reprimenda⁵” determinada pelo referido Estatuto.

Para melhor esclarecimento do leitor, importante se faz mencionar que o artigo 101 do aludido *codex*, traz em seu bojo a seguinte determinação, *in verbis*:

Art. 101 - Verificada qualquer das hipóteses previstas no Art. 98, a autoridade competente poderá determinar, entre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias, em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial, de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta. Neste sentido, cabe ressaltar que se iniciaram inúmeros questionamentos acerca da aplicação da medida sócio-educativa, na modalidade internação.

Para melhor elucidação do leitor, despiciendo comentar que, alguns infratores juvenis são internados pelo prazo máximo de 03 (três) anos, como punição à prática de delitos mais gravosos. Enquadram-se nesse rol, áqueles com maior personalidade voltada ao crime, bem como, os de alta periculosidade que merecem maior tempo de reeducação e acompanhamento psico-social. Ainda, resta necessário dizer que em casos restritos, o referido prazo de 03 (três) anos pode ser prorrogado, v.g. situações que se diagnosticam

⁵ Disponível em <http://w.w2.oabsp.org.br/asp/comissões/criança/artigos/02.pdf>. acesso em 15-09-2008

impossibilidade de retomo ao convívio social por distúrbios de ordem psíquica. Ademais, cabe ressaltar que todos os casos de atos infracionais são submetidos á processo, perante o Juiz da Vara da Infância e Juventude, juízo responsável pela análise e acompanhamento de processos envolvendo crianças e adolescentes. No que tange a natureza da medida de internação importante salientar que se faz presente, aparentemente, o emprego do mesmo tratamento ao preso maior, pois a liberdade daquele que é internado durante o prazo sentenciado pelo juiz é tolhida.

Entretanto, seu objetivo é mais amplo: busca-se não apenas a re-socialização, mas, sobretudo, a implantação de uma proposta pedagógica, que eduque e prepare o jovem para ser um futuro cidadão, ensinando-o um ofício e garantindo-lhe acesso ao conhecimento escolar e prática de esportes, uma forma de capacitá-lo e tomá-lo produtivo. Cumpre salientar que os internos são vigiados permanentemente dia e noite, não podendo sair das dependências do local de internação. Diante disso, resta importante questionar: Qual a diferença da medida sócio-educativa de internação para a aplicação de penas privativas de liberdade, senão a peculiaridade inerente á fase de desenvolvimento do jovem. O capítulo seguinte aborda a insustentabilidade das penas privativas de liberdade.

4 A INSUSTENTABILIDADE DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

⁶Por mais que os de hoje critiquem, plausível acreditar que nos primórdios, antes que fosse inventada a organização social, o homem vivia em estado de total liberdade. No entanto, sua liberdade era totalmente frustrada quando semelhante, exercendo sua também completa liberdade, decidia-se por matá-lo, ou furtar-lhe os bens. Foi então que, para poderem gozar com maior segurança daqueles direitos que consideravam mais importantes, abdicaram de algumas liberdades, depositando-as nas mãos do soberano, legitimando assim, o poder do mesmo, que deveria assegurar aquelas liberdades escolhidas como primordiais à todos.

Ora, pode parecer desvario afirmar que não se deveria prender ninguém, por pior que fossem seus crimes, assumo que foi o que me pareceu quando primeiro escutei a idéia, mas, tentemos refletir sobre o assunto e alguns, verão que tal possibilidade não é de todo ridícula.

Se perguntassem ao homem medieval o que pensava sobre o fim da pena de morte, ele diria ser absurdo, pois, o homem sem ter a morte a temer, sairia a cometer crimes atrozes. O mesmo diria sobre o fim das torturas e das penas cruéis e, sabemos bem, não foi bem assim que aconteceu. Sabemos também, que em lugares onde se tentou diminuir a criminalidade, através de leis mais duras e prisões mais longas, não houve resultado satisfatório, pelo simples motivo de um criminoso não pensar em ser pego. Não acorda, toma seu café da manhã, pega seu código penal, e escolhe um crime a cometer de acordo com as menores punições. Em verdade, a maioria dos que comete crimes, conscientes da tipicidade do ato, não imaginam que um dia serão pegos. Não calculam o tempo que passaram na cadeia, acham-lhe aceitável, e cometem o crime, O que diminuiria esta sinistra estatística, a do crime, seria uma maior eficiência do sistema, punindo (não importa o quão pequena fosse a pena) um maior número de criminosos. São vários os estudos que nos permitem a conclusão, com um científico grau de certeza, que não diminuem em nada a criminalidade nos lugares onde as penas são maiores, e que o infrator quase nunca leva em consideração o quão grande será sua punição; primeiro, por não imaginar que será pego e, segundo, porque na maioria das vezes, o

⁶ Disponível em <http://w.w.w.midiaindependente.org/pt/blue/2003/03/251221.shtml>, acesso em 09-10-2008

criminoso não considera o crime uma escolha, sente-se compelido, ou mesmo obrigado a cometê-lo por quaisquer que sejam seus motivos.

Imaginemos uma sociedade medieval. Um homem não temia a prisão, por temer coisas piores, e por isso é que se considerava impossível a não existência de penas cruéis, mas uma vez deixando essas penas de serem aplicadas (ao menos oficialmente), a prisão passou a ser temida por todos, não por terem piorado os presídios, mas por que passou a ser considerada a pior pena, ou a pior coisa que poderia acontecer a alguém em face da lei. Digamos que se eleve a aplicação de penas alternativas, não privativa de liberdade (como a prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, ou o cumprimento de pena em regime aberto/semi-aberto), esses passariam a ser os castigos temidos pela sociedade, pelo simples fato de saberem que é o pior que lhes pode acontecer em face da lei.

Ainda há que se levar em consideração, a coerção da própria moral. Não havendo punição, ainda assim não sairíamos todos a cometer crimes, simplesmente por saber ser errado. Não diria todos, mas grande parte da sociedade comporta-se dessa maneira e, só cometeria qualquer tipo de crime em casos extremos, casos nos quais, ainda que existam leis, cometeriam os mesmos crimes.

O Estado, ao receber o poder-dever de realizar o bem comum, apareceu como um poder de mando, como governo e dominação. Instituiu uma nova ordem, com normas rígidas, á que todos estavam submetidos. O poder, então, é detido e centralizado pelo Estado. Isto em virtude do medo. O medo do indivíduo diante de outro, mais forte e mais violento; o medo da massa social frente ao guerreiro que quer impor a sua vontade aos demais. O medo do homem, não apenas como indivíduo, como família, mas como grupo social, e por isso, ele criou o poder e entregou-o à Sociedade Política.

Para a manutenção da harmonia na sociedade, o Estado impôs regras de conduta aos membros do grupo e previu sanções para aqueles que descumprissem as normas. O Direito normativo é o direito racional. É o Direito racional, por determinar uma série de ações, em relação á determinados fins. Portanto, as ações sociais determinadas pela legalidade, são frutos de uma normatização social advinda de uma rede de poderes velados pelo Direito.

Contudo, a origem das penas é anterior à própria criação da Sociedade Organizada, remontando aos mais antigos agrupamentos de homens, que lhe atribuíam um caráter divino, pois o descumprimento às obrigações devidas aos “seres sobrenaturais” mereciam graves castigos, como a tortura e a morte. Era a repressão do crime como forma de satisfação aos deuses, pela ofensa praticada no grupo.

Já com o Estado forte, este centralizou para si o direito de punir os infratores das suas normas. Durante muito tempo o Estado tornou-se um severo repressor daqueles que desobedeciam ao ordenamento. A Lei de Talião impunha a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (“sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”).

A norma passou a carregar um atributo de valorização com relação à determinada conduta socialmente aceita, de modo a ser fiel na balança entre o normal e o anormal ou patológico. Cria-se, desta feita, um arcabouço legal, em forma de códigos e resoluções normativas, baseado num tipo médio de homem, escolhido dentre aqueles dos grupos dominantes de então, o tão criticado homem médio.

Assim, num primeiro momento, o soberano agia de forma discricionária e autocrática, desvinculada de um ordenamento jurídico legítimo, afeito à idéia de justiça. E posteriormente, a infração tomou uma noção de direito e a pena uma sanção legal, embora ainda com um caráter retributivo mais aflorado.

O sistema da repressão criminal veio mesmo a desenvolver-se no período humanitário, no século XVIII, que embora ainda trouxesse a idéia da retribuição pelo delito cometido, e quando ao invés de adotar-se a severidade das penas, numa época em que a tortura era a forma a mais comum de se obter a confissão do réu e a sua conseqüente punição, buscou-se defender os direitos fundamentais do acusado.

As normas tomam domínios cada vez mais diferenciados da esfera jurídica. Elas abarcam a medicina, a psiquiatria e as Ciências Sociais. Tudo isto se mistura num conhecimento do final do século XIX: a criminologia. O próprio discurso da criminologia é o domínio da antropometria Lombrosiana, absurda maneira de caracterizar e conhecer um tipo perfeito de criminoso, mediante um padrão fornecido pelo domínio do conhecimento das ciências supracitadas. Desta maneira, as penalidades e mesmo a sexualidade se tornam

instituições de ordem normativa que caracterizam a modernidade das relações entre saberes e poderes.

Apenas neste século, com o movimento da Nova Defesa Social, encabeçado por Marc Ancel, foi que a política criminal, ciência na qual o Estado deve se basear para prevenir e reprimir a delinquência tomou um novo rumo, procurando-se cada vez mais a reinserção do criminoso de volta à sociedade e à prevenção do crime.

Na preciosa lição do autor supracitado, *in verbis*:

Trata-se, de fato, segundo as novas concepções, de garantir uma proteção eficaz da comunidade graças à apreciação das condições em que o delito foi praticado, da situação pessoal do delinqüente, de suas possibilidades e probabilidades de recuperação e dos recursos morais e psicológicos com que se podem contar, com vistas a um verdadeiro tratamento de re-socialização.

4.1 A pena privativa de liberdade como principal meio de punição pelo cometimento do fato delituoso

A pena de prisão deveria ser utilizada como último recurso para a punição do condenado, é o que preconiza o Direito Penal Mínimo. Entretanto, pela falta de estrutura do Estado, ela tem servido para retirar o indivíduo infrator do âmbito social e garantir segurança aos demais. Contudo, a pena privativa de liberdade não é apenas um meio de afastar aquele que cometeu um crime do seio da sociedade e mantê-lo à margem do convívio social, em virtude da sua “culpabilidade” e “periculosidade”⁷. Deve ser também uma forma de dar-lhe condições para que se recupere e volte à vida em comunidade.

São estas, inclusive, as propostas oficiais de finalidade da pena, quais sejam: antes de tudo, a punição retributiva do mal causado pelo criminoso; a prevenção da prática de novos delitos, de modo a intimidar o delinqüente para não mais cometê-los, bem como os demais

⁷ Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=955> acesso em 10-10-2008

integrantes da sociedade; e por fim, transformar o preso de criminoso em não-criminoso, ou seja, re-socializá-lo.

O isolamento social é um fator irreversível para o homem, que é um animal, por sua própria natureza, social. Della Torre aponta as conseqüências trazidas para o homem nestes casos “depois que o indivíduo está socializado, integrado à sociedade, se sofrer isolamento durante longo período, poderá ocorrer diminuição das funções mentais (torna-se imbecil ou melancólico) ou mesmo loucura (está sujeito a delírios, alucinações e até desintegração mental). Há inúmeros casos de prisioneiros que enlouqueceram nas prisões ou que quando de lá saíram já não eram os mesmos”.

Enquanto os estabelecimentos disciplinares se multiplicam, os mecanismos disciplinares se institucionalizam, decompondo-se em processos flexíveis de controle, que se podem transferir e adaptar. Isto significa, em termos concretos, a multiplicação de prisões ao lado da proliferação de medidas, que visam cada vez mais manter unificada a sociedade.

A generalização do esquema e das técnicas disciplinares não apenas tornou possível o advento da prisão, como o discurso de que o isolamento deixaria a paisagem urbana mais unificada e harmônica. Este discurso disciplinador visa, antes de tudo, a reprodução da estrutura familiar nucleada, do Estado do *welfare*, e da democracia representativa em forma de eleições. Somos, pois disciplinados, vigiados ou punidos quando nos recusamos aos contratos sociais à política de impostos ou ao não exercício⁸ “democrático” do voto.

Foucault descreve três grandes instrumentos disciplinares, reguladores de uma rede de poderes: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. A norma passaria, assim, a ser regida por fundamentos do vigiar e do punir, escolhido mediante um exame prévio socialmente acatado. Torna-se para o Estado moderno, muito mais vantajoso economicamente, vigiar do que punir. Se o vigiar não é suficiente, lança-se mão do punir através de sanções normalizadoras, mesmo que excludentes e sumárias. Em nome da norma institucionalizada enchem-se os porões das prisões.

⁸ Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=955> acesso em 10-10-2008

Mesmo com as tentativas de sua abolição, como se fez com a tortura e a pena de morte é, ainda, a pena privativa de liberdade a espinha dorsal de todo o sistema penal. Apenas, procura-se aplicá-la com um caráter mais excepcional, em consonância com a Teoria da Intervenção Mínima, até porque, ela não se enquadra no Estado Democrático de Direito, nem no objetivo re-socializador da pena, cujo elemento nuclear é o desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa. Mas, é tida como a única sanção aplicável em casos de grave criminalidade e de multi reincidência.

Para fazer da prisão uma possibilidade de regresso da vida delituosa, os presídios têm que oferecer certas condições, daí porque a necessidade de classificação dos detentos. Faz-se imperioso a individualização do cumprimento das penas, significando a aplicação justa do tratamento dado ao preso, de acordo com o que ele é.

Dever-se-ia realizar, de fato, o exame criminológico para a obtenção do conhecimento da personalidade do delinqüente, de forma a diagnosticá-lo, objetivando a prognose de sua conduta futura e o programa de tratamento ou plano de readaptação social a lhe ser aplicado, para a sua individualização penitenciária e judiciária.

A ausência de critérios acomete, por exemplo, o preso acidental, que, por uma circunstância adversa, ingressa na prática delituosa e, ao adentrar na estrutura prisional, enterra lá, suas esperanças de liberdade. Isso motivado pelo acúmulo irregular de encarcerados das mais diversas origens e apenados, de acordo com os mais diferentes crimes.

Donald Clemmer aponta a estrutura da sociedade prisional, uma sociedade dentro da sociedade, *in verbis*:

O mundo prisional é um mundo atomizado. Seus membros são como átomos a agir reciprocamente em confusão... Não há objetivos definidos comunais. Não há um consenso comum para um fim comum. O conflito dos internos com a administração e a oposição á sociedade livre, estão em degrau apenas ligeiramente superior ao conflito e oposição entre eles mesmos... É um mundo de 'Eu', 'mim', e 'meu' antes que de 'nosso', 'seus', 'seu'.

Como podem, então, ser reintegrados ao meio social se são rejeitados por esta sociedade, se são confinados à força, privados de autonomia de vontade, de recursos, de bens de natureza pessoal, de relações heterossexuais, da família, da segurança, se são submetidos a um regime de controle quase total, tendo de se adequar às condições de vida que lhe são impostas?

A Constituição Federal procura velar pela integridade física e dignidade dos aprisionados, tendo sido expressa ao assegurar “o respeito à integridade física dos presos” (art. 5º, XLIX). As Cartas anteriores já o consignavam, com pouca eficácia, referindo-se habitualmente às várias formas de agressão física a presos, a fim de extrair-lhes confissões de crimes. Ademais, a Carta Magna determinou que “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III). Para dotar tais normas de aplicabilidade plena, preordenaram-se as várias garantias penais adequadas, como o dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e à família ou à pessoa indicada, a prisão de qualquer um e o local onde esteja confinado; e o dever da autoridade policial de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado garantido a assistência de advogado; e o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório.

A realidade fática, no entanto, é bem distinta. Os apenados são lançados à prisão sem qualquer critério de classificação, sendo abandonados pelo Estado e mantidos na ociosidade e no ódio pela sociedade que ali os flagelou. Ficam a passar pelas suas mentes uma forma de vingança por tudo a que são submetidos.

Isso, até mesmo para que a pena de prisão entre em consonância com os princípios do direito penitenciário, quais sejam: a proteção dos direitos humanos do preso; o preso como membro da sociedade; a participação ativa do sentenciado na questão da reeducação e na sua reinserção social; a efetiva colaboração da comunidade no tratamento penitenciário; e a formação dos encarcerados de modo que aprendam o exercício da cidadania e o respeito ao ordenamento legal.

Tendo a pena privativa de liberdade o objetivo, não apenas de afastar o criminoso da sociedade, mas, sobretudo, de excluí-lo, com a finalidade de re-socializá-lo, nota-se que a pena de prisão atinge o objetivo exatamente inverso: ao adentrar o presídio, o apenado assume

o seu papel social de um ser marginalizado, adquirindo as atitudes de um preso habitual e desenvolvendo cada vez mais a tendência criminosa, ao invés de anulá-la.

Deve-se ter em mente, que a pena de prisão é incapaz de trazer o condenado de volta ao convívio social considerado normal, sob o manto da lei e da moral. Por isso, a finalidade re-socializadora de tal pena é utópica: “A ilusão de que a pena de prisão pode ser reformativa mostra-se altamente perniciosa, pois, enquanto permanecermos gravitando em torno dessa falácia, abstemo-nos de examinar seriamente outras viáveis soluções para o problema penal”.

A tendência, então, é buscar alternativas para sancionar os criminosos, que não isolá-los socialmente. Isto porque a pena de prisão determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana. E a perda dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, que hoje são expressamente proibidos pela Constituição Federal.

A Política Criminal atual tem se endereçado à desinstitucionalização da execução penal, transferindo a função de reeducação do agente de custódia, segurança e controle para a equipe de tratamento comunitário ou alternativo. As medidas alternativas, resultantes da crise na prisão, sobretudo nas hipóteses de pena de curta duração, permitem que o condenado cumpra a sua pena junto à família e ao emprego, eliminando a contaminação carcerária, diminuindo a superpopulação prisional e suprimindo a contradição entre segurança e reeducação.

Além do benefício para o criminoso, ao possibilitar a sua reintegração no grupo social, as penas alternativas, como a restritiva de direitos, a prestação de serviços à comunidade, pena pecuniária, a limitação de fim de semana, são altamente benéficas para o Estado, pois a prisão é altamente dispendiosa para a sociedade, sendo o custo de um apenado, maior que o de um estudante universitário, daí porque o prejuízo para os recursos humanos e societários.

O sucateamento da máquina penitenciária, somado ao despreparo dos que lidam no universo carcerário e à omissão do Estado e da própria sociedade, compõem o quadro da realidade penal brasileira. Os avanços concernentes à aplicação de medidas alternativas à privação da liberdade ainda são diminutos, face ao tamanho da crise na execução penal.

As penas privativas de liberdade demonstram que o que se pratica por aí é um flagrante desatendimento aos direitos humanos. A sociedade, tanto quanto as autoridades competentes, precisam sair da penumbra da indefinição, e traçarem, juntas, diretrizes de atuação concretas no combate a este tipo de absurdo. Os direitos humanos, antes de meros enunciados formais, têm de ser encarados como as verdadeiras e vigorosas premissas de um novo milênio.

CONCLUSÃO

Desde muito tempo a aplicação das penas foram discutidas. Sendo assim, inicialmente a pena possui um caráter de simples vingança e em outros tempos a pena dói quando encarada como um modo de expiação de pecados. Antes executada com bastante crueldade, numa época em que se objetivava causar o máximo de dor ao condenado, só que a pena passou por um período reformador, momento em que a liberdade passou a ser o bem jurídico afetado na penalização das condutas criminalizadas e a prisão surgiu finalmente com o caráter de sanção.

O significado da pena tem sido objeto de várias teorias. A primeira delas sustenta a pena numa retribuição, como uma compensação ao crime cometido. Outro fundamento dado à pena é o da prevenção de delitos. A pena seria aplicada, com vistas a alcançar fins posteriores, seja por meio de intimidação aos cidadãos em geral, seja por meio da inocentização do próprio condenado, para que este não volte a delinquir, através de sua recuperação, dando - lhe condições de retorno à vida livre "re-socializado". Não se pode ignorar que a pena cumpre com uma função de castigo, pois para o condenado o conteúdo da prisão será uma retribuição, mesmo que ela venha a ter, à sua disposição, medidas caracterizadas como re-socialização, não pode ser avocada como finalidade da pena, principalmente em face das inúmeras implicações éticas que teria a sua execução, como forma de impor um padrão de comportamento. Além disso, há a seu desfavor a já tão afamada inviabilidade prática de se adotar medidas de re-socialização, em especial, no sistema penitenciário brasileiro.

Outro aspecto conclusivo merecedor de destaque é a idéia de que a pena poderá ter um efeito intimidatório, como propõe a prevenção geral, embora, insista-se, trata-se tão somente, de um efeito e não de um de um fundamento.

Pode se dizer que as penas privativas de liberdade, dentre suas espécies poderiam ser unificadas sob a denominação de pena de prisão, e que as espécies dos regimes da pena em algumas vezes, causam muitas polêmicas na sua aplicação, outro causador de muitas polêmicas também, é sobre a questão dos direitos do preso, em que muitas das vezes não são aplicados de forma adequada.

Outro aspecto também mencionado no decorrer, acerca dos presos, onde muitas vezes não é exercido de forma adequada devido às más condições que os presídios oferecem. Dentre as hipóteses pode-se dizer que as penas as vezes não recupera o preso, não ressocializa, não fazendo com que o preso volte a sociedade reabilitado, fazendo com que o preso depois de solto volte a cometer outros crimes.

Por fim, pode se concluir que a pena privativa de liberdade no Brasil, passa por uma crise onde os presídios estão de certa forma, deficientes. Notaram-se as deficiências das penitenciárias brasileiras e a cada dia que passa isso precisa ser mais bem visto, pelos nossos governantes, porque o sistema está fracassado fazendo com que sejam levantadas grandes críticas sobre esse sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carmem Silva de Araujo. **A Individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CATÃO, Erika Soares. **Carcerário: confronto entre os fins da pena e a expectativa da sociedade campinense sobre o modelo penitenciário atual**. Proinci/UEPB, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir história da violência nas prisões**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 28 ed.

JESUS, Damásio E. **Manual de Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal: parte geral: parte especial**. 2. Ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Endereços Eletrônicos:

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8284&p=2> acesso em 12-09-2008

Disponível em <http://w.w.w2.oabsp.org.br/asp/comissões/criança/artigos/02.pdf> acesso em 15-09-2008

Disponível em <http://w.w.w.midiaindependente.org/pt/blue/2003/03/251221.shtml> acesso em 09-10-2008

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=955> acesso em 10-10-2008

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=955> acesso em 12-10-2008

Leis:

Lei. 10.792/2003

Lei 7.210/84

Artigos

Art. 6º da LEP

Art. 33º DO CP

Art. 31º da LEP

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO ORTOGRÁFICA

Eu Valdenice Nunes de Menezes revisora devidamente cadastrada, professora, graduada em Letras Modernas pela FAFISP Faculdade de Filosofia do São Patrício, pós-graduada em Supervisão Educacional venho por meio desta atestar que realizei a **correção ortográfica** da monografia elaborada pelo acadêmico (a) Mozair Alvarenga dos Reis do curso de Direito da turma N - 01 da FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

Rubiataba 23 de novembro de 2008

Mozair Alvarenga dos Reis

Acadêmico

Valdenice

Revisor

PARECER DO ORIENTADOR

Acadêmico (a) _____

A monografia esta apta para defesa: sim () não ()

Orientador (a) _____

Acadêmico

Ma ser pinto

Orientador

Rubiataba ___ de novembro de 2008